

Repertoriumnummer	Uitgifte
<u>2018/ 1741</u>	Uitgereikt aan
Datum van uitspraak	
19 juni 2018	op
Rolnummer	€
2017/AB/448	JGR
Beslissing waartegen beroep	
15/980/A	

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

S.S.(...), wonende te NIVELLES, (...), appellant,
vertegenwoordigd door mr. DEMASEURE Thierry loco mr. LECLERCQ Michel, advocaat te 1050 BRUSSEL,
Louizalaan 203/ 1

tegen

1. **M.(...) NV.** met maatschappelijke zetel te BRUSSEL (...),
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. COOMANS Catherine loco mr. WITTERS Ann, advocaat te 2600 BERCHEM
(ANTWERPEN), Posthofbrug 12 4e verd

2. **S.S.(...) NV.** met maatschappelijke zetel te 1831 DIEGEM, Telecomlaan, 8,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. AERDEN Jan loco mr. CLEEREN Sofie, advocaat te 3000
LEUVEN, Arnould Nobelstraat 38.

**

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit: Gelet op de
stukken van de rechtspleging, in het bijzonder op:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op
28 februari 2017 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 1^e kamer (A.R. 15/980/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 12 mei 2017,
- de conclusies voor de appellant,
- de conclusies voor de eerste geïnterneerde,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 5 juni 2018, waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie een mondeling advies uitbracht, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 1 november 2005 trad de heer S.S.(...) in dienst bij M.(...) NV om tewerkgesteld te worden op een site van Solvay, en dit op basis van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd d.d. 31 oktober 2005.
2. Vanaf 1 september 2013 genoot hij tijdskrediet ten belope van 1/5.
3. Begin 2014 wilde Solvay haar overeenkomst met M.(...) NV stop zetten, omdat ze een dienstverleningsovereenkomst met de bewakingsfirma S.S.(...) NV wilde uitbreiden. Het bestreden vonnis maakte duidelijk dat hierbij geen overgang van onderneming plaats vond in de zin van de cao 32bis en dit standpunt wordt inmiddels door de heer S.S.(...) aanvaard.
4. Niettemin heeft S.S.(...) NV willen nazien of ze geen werknemers van M.(...) NV zou kunnen aanwerven maar dan wel in een bewakingskader; de heer S.S.(...) had hierover op 25 februari 2014 een gesprek met de area manager van S.S.(...) NV, de heer H.(...). Op 6 maart 2014 meldde mevrouw B. van M.(...) NV aan de heer S.S.(...) dat de keuze om bij S.S.(...) NV in dienst te treden bij hem lag.
5. Met e-mail van 13 maart 2014 informeerde de heer S.S.(...) bij de heer H.(...) van S.S.(...) NV naar zijn toekomstige loon, zowel bij een 4/5^{de} als bij een voltijdse tewerkstelling. De heer H.(...) antwoordde per kerende dat S.S.(...) NV gelet op het verloop van het kennismakingsgesprek en het profiel niet verder wenste samen te werken met hem. Hierna vroeg de heer S.S.(...) wat er dan mis was gegaan in het gesprek.
6. De heer H.(...) antwoordde: *Voor ons is de harmonie van de groep primordiaal, en machtsverhoudingen uitproberen door meteen over syndicaten te praten, voorspelt niets goeds voor een goede samenwerking. Temeer daar wij moeten investeren in de ploeg.*

7. Uiteindelijk zou de heer S.S.(...) nog een tijd bij M.(...) NV kunnen blijven zij het in een andere afdeling, maar hij werd opgezegd en op 22 september 2014 met onmiddellijke ingang ontslagen met uitbetaling van een vergoeding gelijk aan het loon van de resterende opzeggingstermijn. Zijn vakorganisatie informeerde nog naar de redenen van ontslag, gelet op het lopende tijdskrediet, maar op dit punt werd later niet meer teruggekomen.

8. De heer S.S.(...) bevroeg het toenmalige Centrum voor gelijke kansen en de strijd tegen racisme en discriminatie (thans *Unia* en aldus kortheidshalve verder aangeduid) omdat hij zijn niet-aanwerving in verband bracht met zijn verwijzing naar mogelijke syndicale tussenkomst.

9. Met brief van 25 april 2014 vroeg Unia aan S.S.(...) NV nadere uitleg over de niet-aanwerving gelet op de e-mail van de heer H.(...), aangehaald in randnummer 6.

10. S.S.(...) NV antwoordde op 25 juni 2014 dat de uitlating in zijn juiste context moest worden geplaatst. De heer S.S.(...) wilde dezelfde arbeidsvoorwaarden als bij M.(...) NV en toonde een revendicatieve houding, waarbij hij aankondigde zijn vakbond te willen inschakelen. Hij zou niet geïnteresseerd zijn in de vacante betrekking en daardoor niet beantwoord hebben aan het vereiste profiel. Niettemin wilde men hem de kans geven om deel te nemen aan psychosociale testen, waarna men bereid zou kunnen zijn hem toch aan te werven.

11. De heer S.S.(...) is op dit aanbod niet ingegaan, omdat hij geen vertrouwen meer had en de testen intern werden afgenomen. Ter zitting wordt bevestigd dat de testen niet door een extern gespecialiseerd bureau werden afgenomen.

12. Op 3 april 2015 legde de heer S.S.(...) een tegensprekelijk verzoekschrift neer bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel en hij vorderde vanwege M.(...) NV en S.S.(...) NV een schadevergoeding wegens miskenning van de cao 32bis. Deze vordering wordt in graad van beroep niet meer aangehouden. Vanwege

S.S.(...) NV vorderde de heer S.S.(...) een schadevergoeding gelijk aan 6 maanden loon of € 11.769,75 wegens overtreding van art. 14 van de antidiscriminatiewet.

13. Met vonnis van 28 februari 2017 van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel werden deze vorderingen afgewezen als ontvankelijk, doch ongegrond. Er was geen overgang van onderneming; de discriminatie op basis van syndicale overtuiging werd niet aanvaard, omdat de heer S.S.(...) de syndicale overtuiging niet veruitwendigd had door zijn lidmaatschap bij een vakorganisatie kenbaar te maken.

14. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 12 mei 2017 tekende de heer S.S.(...) hoger beroep aan wat betreft de veroordeling tot de gerechtskosten aan M.(...) NV, maar hierover sloten partijen nadien een dading, zodat dit onderdeel zonder voorwerp werd. Ten aanzien van S.S.(...) NV hernam hij zijn oorspronkelijke vordering.

II. BEOORDELING

15. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist.

Het antidiscriminatieverbod wegens syndicale overtuiging

De toepasselijke beginselen

16. Art. 14 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (*BS* 30 mei 2007 - hierna aangeduid als *antidiscriminatiewet*) verbiedt elke vorm van discriminatie op basis van de beschermde criteria.

De art. 3 en 4,4° van deze wet duiden de syndicale overtuiging aan als beschermd criterium. Dit werd bijkomend in de lijst opgenomen door art. 108 van de wet houdende diverse bepalingen van 30 december 2009 (*BS* 31 december 2009 (ed. 3)). Deze wijziging gaf gevolg aan het arrest 64/2009 van 2 april 2009 van het Grondwettelijk Hof, waarbij de artikel 3 en artikel 4, 4°, van de antidiscriminatiewet werden vernietigd in

zoverre zij, onder de "beschermde criteria", niet de syndicale overtuiging beoogden. (*Pari. St. K.v.V.* 52-2299/1, 75-76).

17. Het Grondwettelijk Hof overwoog in B.8.3 van het arrest 64/2009: *Het lidmaatschap van of het behoren tot een vakorganisatie en de activiteit die in het kader van een dergelijke organisatie wordt gevoerd, moeten worden beschouwd als uitingen van de syndicale mening van de betrokken persoon. Het slachtoffer van een discriminatie op grond van zijn lidmaatschap van een vakorganisatie, van het feit dat hij daartoe behoort of van zijn syndicale activiteit is derhalve eveneens het slachtoffer van een discriminatie op grond van zijn syndicale overtuiging, zodat de drie aangehaalde discriminatiegronden vervat zijn in die van de syndicale overtuiging,* (zie in dezelfde zin overweging B.4.1 van het arrest 123/2009 van 16 juli 2009 en B.4.2 van het arrest 35/2010 van 22 april 2010)

I. VERHELST en S. RAETS ("Discriminatie op de arbeidsplaats: gewikt en gewogen", *Or.* 2011/4, 118) schrijven dan ook terecht dat het criterium *syndicale overtuiging* zowel betrekking heeft op het lidmaatschap van een vakorganisatie, de syndicale overtuiging als op de syndicale activiteit.

18. Art. 4,1° van de antidiscriminatiewet bepaalt dat de voorwaarden voor toegang tot de arbeid deel uitmaken van de arbeidsbetrekkingen. Art. 5 §2, 1° bepaalt dat de wet van toepassing is op deze arbeidsbetrekkingen, waaronder de werkaanbiedingen, de bepaling en de toepassing van de selectiecriteria en de selectiekanalen die worden gehanteerd in het wervingsproces en de bepaling en de toepassing van de aanstellingscriteria die worden gehanteerd bij de aanwerving.

19. Art. 28 §1 van de antidiscriminatiewet bepaalt het volgende over de bewijsregeling: *Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.*

Toepassing

20. Samen met het Openbaar Ministerie ziet het arbeidshof in de e-mail van 13 maart 2014 een vermoeden van discriminatie op basis van de syndicale overtuiging in de zin zoals omschreven door het Grondwettelijk Hof. Immers de verwijzing naar *machtsverhoudingen... door meteen over syndicaten te praten*, wat gezien wordt als *niets goeds voor een goede samenwerking* viseert een syndicale activiteit als reden voor niet aanwerving. Daardoor dient S.S.(...) NV aan te tonen dat ze niet discrimineerde.

21. Het arbeidshof is van mening dat de eerste rechter het tegenbewijs te snel aanvaard heeft omwille van het feit dat de heer S.S.(...) in essentie zijn lidmaatschap, laat staan zijn beroep hierop, niet inriep. In graad van hoger beroep toont de heer S.S.(...) zijn lidmaatschap aan.

22. Uit de analyse in de randnummers 16 tot 18 volgt echter dat niet enkel het syndicaal lidmaatschap, maar ook de syndicale overtuiging en activiteit deel uitmaken van het beschermd criterium; dit is van toepassing tijdens de aanwerving en de selectie.

23. Het Openbaar Ministerie merkt terecht op dat uit de consensuele aard van een arbeidsovereenkomst volgt dat partijen tijdens de aanwervingsgesprekken over de tewerkstellingsvoorwaarden moeten kunnen onderhandelen. Dit was het voorwerp van de e-mail van de heer S.S.(...) van 13 maart 2014 te 12:08 u. Men kan begrijpen dat hij gelet op de tewerkstelling op de site Solvay verwachtte dat hij mocht uitgaan van zijn vorig loon, waarnaar hij enkel informeerde in de hypothese van een 4/5^{de} of voltijdse tewerkstelling. Uit de brief van S.S.(...) NV aan Unia van 25 juni 2014 (p. 2 nr. 4) volgt dat hem deze wens kwalijk werd genomen, temeer daar hij daarbij zei de vakbond te willen inschakelen, wat als ongepast revendicatief werd beschouwd en daardoor een blijk van geen interesse in de vacante betrekking.

24. Gelet op de structurele ongelijkheid tussen werkgever en werknemer, heeft syndicale bijstand steeds zowel een revendicatief als overlegend aspect, wat aan S.S.(...) NV niet onbekend mocht zijn, daar ze verwijst naar het zeer actief zijn van de vakbonden in haar onderneming, die in totaal bijna 100 werknemers tewerkstelt met een syndicaal mandaat (zelfde brief, p. 1, nr. 3). De antidiscriminatiewet is van toepassing

tijdens de selectie en de gebeurlijke bijstand van een vakbond maakt deel uit van de syndicale activiteit, wat behoort tot de beschermde criteria.

25. Vakorganisaties geven overigens gebruikelijk ook aan niet leden advies, in zoverre dit niet verder gaat dan gerechtelijke bijstand. De in de overlegorganen verkozen vertegenwoordigers zijn overigens bevoegd voor de belangen van de ganse werknemersgroep. De omstandigheid of de heer S.S.(...) zich in concreto beroepen heeft op het lidmaatschap van een welbepaalde vakbond is dan ook niet determinerend voor de syndicale bijstand, die inherent is aan de syndicale activiteit. Maar thans blijkt zelfs dat hij wel degelijk ook lid was, zodat het geenszins abnormaal was dat hij in de onderhandeling over de toekomstige arbeidsvoorwaarden verwees naar syndicale bijstand.

26. En dergelijke bijstand zal steeds een zeker revendicatief aspect hebben en mogelijk op die wijze starten; maar vervolgens zal het de kans bieden voor overleg, wat voor de heer S.S.(...) relevant was in het kader van een door hem verwachte bespreking van de arbeidsvoorwaarden. Een dergelijk overleg kan ook voor een werkgever voordeel opleveren. Door dit overleg te linken aan een slechte samenwerking en dit aan te geven als motief voor niet aanwerving, werd de heer S.S.(...) wel degelijk gediscrimineerd op basis van een syndicale activiteit, temeer daar deze voorgesteld wordt als een hinder voor de harmonie van de groep en een rem op de investeringsmogelijkheid in de ploeg.

27. Door in essentie enkel haar standpunt te herbevestigen weerlegt S.S.(...) NV het vermoeden van art. 28 §1 van de antidiscriminatiewet niet.

28. Uit de e-mails van 13 maart 2014 kan afgeleid worden dat de heer S.S.(...) zeer normale vragen stelde en dit op een gematigde manier. Over het concrete verloop van het kennismakingsgesprek wordt door S.S.(...) NV geen enkel relevant bewijs(aanbod) geleverd. De heer S.S.(...), hierin bijgetreden door het Openbaar Ministerie, wijst terecht op zijn vroegere positieve evaluaties, die toch betrekking hadden op een werkzaamheid op een zelfde site. De afwikkeling van zijn ontslag bij M.(...) NV is niet relevant, omdat dit meer

dan 5 maand na de aanwervingsdiscussie bij S.S.(...) NV plaatsvond. De verbreking door M.(...) NV vond plaats in de loop van een daar te presteren opzeggingsperiode, wat een zekere ontmoediging kan verklaren, maar niets zegt over zijn arbeidsattitude bij S.S.(...) NV.

29. Ook het feit dat de heer S.S.(...) een drietal maanden later niet is ingegaan op een voorstel aan Unia, doet niets af aan de discriminerende houding. Het aanbod blijkt niet om een extern assessment te gaan, maar om een interne test, waarbij gelet op de bewuste e-mail vragen konden gesteld worden over de objectiviteit.

30. De vergelijking met een tussenkomst van een advocaat gaat niet op; deze kan weliswaar evenzeer revendicatief en overleggend tussenkomen, hoewel dit gemakkelijk gepercipieerd wordt als een voorbode van tweedelijnsbijstand in een procedure. Maar een dergelijke tussenkomst is ongebruikelijk in een aanwervingsprocedure van een werknemer met een uitvoerende functie. Een vakbond, zeker in een onderneming met bijna 100 syndicale mandaten, kan vanuit de interne situatie interveniëren en zal ook beter de mogelijkheden op bedrijfsvlak en de bedrijfscultuur kennen.

31. De niet gerechtvaardigde discriminatie is derhalve bewezen. De heer S.S.(...) maakt aanspraak op de door de wet voorziene schadevergoeding.

De schadevergoeding

32. Art. 18 §1 van de antidiscriminatiewet laat de mogelijkheid tot vergoeding van de reële schade, die door het slachtoffer moet bewezen worden of tot vergoeding op forfaitaire wijze. De forfaitaire regeling volgt uit art. 18 §2, dat in een bijzondere regeling voorziet bij discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen, als volgt: *2" indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade*

beperkt tot drie maanden bruto beloning; wanneer de materiële schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie voorzien in artikel 15, wordt de forfaitaire schadevergoeding bepaald volgens de bepalingen van punt 1 '.

In 1° wordt voor de vergoeding van de morele schade een forfaitair bedrag van € 650 voorzien.

33. De nietigheidssanctie van art. 15 is hier niet toepasbaar, zodat een beperking tot een forfaitaire morele schadevergoeding van € 650 niet mogelijk is. De nietigheid is enkel toepasbaar bij bepalingen die strijdig zijn met de wet, terwijl de discriminatie bij de niet aanwerving niet voortvloeit uit een bepaling in de zin van art. 4, 3^o van de antidiscriminatiewet.

34. Terecht roept de heer S.S.(...) ook materiële schade in wegens zijn niet aanwerving, die een directe weerslag had op zijn mogelijkheid om een inkomen te verwerven voor zijn levensonderhoud. Hij mocht verwachten dat een nieuwe aanwerving een langere inkomenszekerheid zou garanderen dan deze die voortvloeit uit de door M.(...) NV beëindigde tewerkstelling.

35. De werkgever toont ook niet aan dat zijn ongunstige behandeling ook op niet discriminerende gronden getroffen zou zijn. Het is overigens tegenstrijdig om enerzijds te verwijzen naar een mogelijkheid van verdere tewerkstelling en anderzijds de zekerheid te poneren van niet aanwerving om andere redenen. Deze zogenaamde andere redenen zijn overigens een heromschrijving van de discriminerende reden, omdat S.S.(...) NV de moeilijke samenwerking ent op de vraag naar syndicale bijstand.

36. De heer S.S.(...) maakt terecht aanspraak op een forfaitaire schadevergoeding van 6 maanden loon. S.S.(...) NV heeft binnen de door het arbeidshof bepaalde conclusietermijnen geen opgave gedaan van het loon dat aan de nieuwe functie verbonden was. De forfaitaire regeling werd ingevoerd met het oogmerk de debatten in te korten en het slachtoffer uitzicht te bieden op een daadwerkelijke vergoeding (*Pari. St.*, Kamer, 2006-2007, 51-2722/001, pp. 26 en 27, GrH 7 juni 2018, 70/2018, B.5.2). In het licht van art. 17 van de richtlijn

2000/78/EG wenste men inzake arbeidsbetrekkingen te voorzien in sancties die ten aanzien van de werkgevers een reële afschrikkende werking hebben, zodat het Grondwettelijk Hof de sanctieregeling redelijk verantwoord achtte (GrH 7 juni 2018, 70/2018, B.9.1 en B.10).

Het door de heer S.S.(...) gevorderde bedrag kan worden toegekend.

37. De oorspronkelijke vordering en het hoger beroep zijn daardoor gegrond.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het bijzonder artikel 24,

Gezien het gelijkkluidend mondeling advies van substituut-generaal M. Van den Bossche waarop partijen repliek hebben gegeven;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond.

Hervormt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende;

Verklaart de oorspronkelijk vordering ontvankelijk en deels gegrond.

Geeft akte aan de heer S.S.(...) dat hij het vonnis aanvaardt wat betreft de afwijzing van zijn vordering tegen M.(...) NV en verklaart het hoger beroep zonder voorwerp wegens de regeling van de gerechtskosten op basis van de tussen partijen afgesloten overeenkomst.

Verklaart de vordering tegen S.S.(...) NV ontvankelijk en gegrond.

Veroordeelt de nv S.S.(...) tot betaling aan de heer S.S.(...) van een schadevergoeding van € 11.769,75, te vermeerderen met de gerechtelijke intresten aan de wettelijke rentevoet.

Veroordeelt de nv S.S.(...) NV Security tot de gerechtskosten van beide aanleggen, deze aan de zijde van de heer S.S.(...) vereffend op:

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 1.320
Bijdrage rechtsbijstand beroep	€ 20
Rechtsplegingsvergoeding beroep	<u>€ 1.320</u>
Totaal	€ 2.660

Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

L. LENAERTS,	kamervoorzitter,
H.VERMEULEN,	raadsheer in sociale zaken, werkgever, raadsheer in
K. DRIES,	sociale zaken, werknemer-bediende,
bijgestaan door : K.	
CUVELIBR.	griffier.

L. LENAERTS,	K.
	CUVELIER,

H.VERMEULEN,	K. DRIES.
--------------	-----------

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 19 juni 2018 door:

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door K. CUVELIER, griffier.

L. LENAERTS,	K.
	CUVELIER